Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

theilten Bemerkungen über den Begriff des Eides nicht fortgesetzt worden sind. Der Verfasser würde die Lehre von der **relaxatio juramenti** vom richtigen Standpunkt aus behandelt haben. Warum Gesterding in seinen Nachforschungen I. S. 19. folg., wo er von der Wirkung des Eides handelte, diese Lehre nicht berührte, können wir uns nicht erklären.

Nach streng katholischen Grundsätzen muß eigentlich die Dispens vom Eide beim geistlichen Richter nachgesucht werden [59]). Wo dieser sie ertheilt, kann es auch der weltliche Richter.

Da, wo die canonischen Grundsätze nicht mehr practisch sind, und wie z. B. unter der Herrschaft des französischen Rechts, der weltliche Richter den Eid bei einem durch das Gesetz für nichtig erklärten Rechtsgeschäft gar nicht mehr berücksichtigen darf, wird dennoch der Katholik, ehe er gegen ein eidlich gegebenes Versprechen vor Gericht auftreten will, zur Beruhigung seines Gewissens die **relaxatio juramenti** zu begehren, als religiös verpflichtet angesehen werden müssen.

(Schluß folgt.)

IV.

Ueber Gewissensvertretung.

Von

Herrn **Dr. J. Wolffson,**

in Hamburg.

Die römischen Juristen nennen die Eideszuschreibung ohne Unterscheidung der gerichtlichen von der außergerichtlichen eine **species transactionis**, und sie sowohl, wie die Neueren, bauen auf diese Ansicht eine Menge der erheblichsten Schlußfolgen. Offenbar ist diese Bezeichnungsweise besonders für die ältere römische Bedeutung der Eideszuschiebung, im Ge-

59) Man sehe die bei Berlick a. a. O. angeführten Schriftsteller.

genſatze zu der heutigen, eine höchſt characteriſtiſche. Während bei uns der Staat in dem Vertrauen zum Individuum, daß die Anerkennung des religiös Allgemeinen in ihm mit all der Kraft lebe, die dem Heiligſten gebührt, in der Gewißheit, daß das Beſtehen und die Erhaltung der Geſammtheit doch nur in der Geſinnung aller Einzelnen ruhe, auf die Anrufung jenes Allgemeinen gern und ruhig ſeine ganze Exiſtenz gründet, während er deshalb auch in Privatangelegenheiten überall die, durch die Eidesleiſtung zu begründende Ueberzeugung theilen und ſich als ſelbſt Beleidigter zum Rächer für jede Verletzung der Heiligkeit des Eides aufwerfen muß [1]: ſieht das römiſche Recht die Eideszuſchiebung als ein, durchaus zwiſchen den Partheien Verhandeltes an, ohne auch nur die religiöſe Beziehung derſelben zu verlangen, indem es den Eid in beliebiger Form nach der Willkür des Deferenten leiſten läßt [2] und ohne Rückſicht auf die Wahrheit des Beſchwornen [3], oder auch nur auf die Glaubwürdigkeit des Schwörenden [4] nur die Grundſätze eines gewöhnlichen Privatgeſchäftes anwendet [5]. Einerſeits die, bei den Römern ſo wichtige, und bei uns faſt gar nicht vorkommende außergerichtliche Eidesdelation, andrerſeits die ganze Lehre der, dem römiſchen Rechte unbekannten Gewiſſensvertretung beweiſen dieſe Verſchiedenheit der Betrachtungsweiſe, Erſtere, indem ſie ſelbſt die Form eines Privatgeſchäftes annimmt, Letztere, indem erſt das neuere Recht eine gewöhnliche probatio, quae judici fit, als ein Aequivalent für die Eidesleiſtung anerkennt, und ſo deutlich genug ausſpricht, was es mit dieſer beabſichtigt.

---

1) C. C. C. art. 107. Schilter praxis jur. Rom. Exerc. 23. §. 3.
2) Fr. 3. §. 4—Fr. 5. §. 1. de jurejur.
3) §. 4. J. de except. Fr. 21. de dolo malo Fr. 31. in F. de jurejur. c. t. C. eod. Vergl. mit C. C. C. l. c.
4) Man vergl. z. B. Fr. 26. pr. de jurejur. mit c. 14. C. XXII. 9. 5.
5) Bezeichnend iſt in dieſer Beziehung Fr. 27. de jurejur. Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

Diese Verschiedenheit im Principe kommt denn auch im formellen Rechte zur Anschauung. Zwar war den Römern die Hervorhebung der Beweisinstanz als eines durchaus selbstständigen Prozeßstadiums, wie sie in unserem Prozesse vorkommt, unbekannt: nichts desto weniger sonderte sich aber in der Zeit der klassischen Juristen das, den Streitpunkt, von dessen Entscheidung Gewinn oder Verlust des Prozesses abhängen mußte, gleichsam vertragsmäßig festsetzende Vorverfahren streng von der factischen Erläuterung und Nachweisung desselben. Jenes geschah **in jure**, Dieses **in judicio**. War nun wirklich die Eidesdelation selbst den Römern eine derartige, vertragsmäßige Bestimmung des Punktes, von dessen factischer Herstellung Gewinn und Verlust abhängen sollte, so war ihr auch ihre Stelle **in jure**, nicht **in judicio** anzuweisen. Und trotz der dagegen erhobenen Zweifel möchte sich das auch aus den Quellen mit ziemlicher Sicherheit nachweisen lassen. Der Eid wird nämlich von den römischen Juristen seiner Wirkung nach bald der **litis contestatio** [6]), bald der **res judicata** [7]) gleichgestellt. Und doch sind diese beiden Momente in ihrer Bedeutung so sehr verschiedene, jene enthält die Feststellung, diese die Entscheidung des Streitpunktes; jene war ein bedingter Vertrag, diese die Entscheidung über die Existenz der Bedingung; jene hatte im klassisch-römischen Prozeß ihre Stelle am Schlusse des Verfahrens **in jure**, diese **in judicio** [8]). Wir würden also, um jenen Vergleichen eine Bedeutung zuschreiben zu können, in dem, durch den Eid veranlaßten Verfahren gleichfalls die beiden Theile zu unterscheiden haben: so weit dasselbe die Festsetzung dessen enthält, von dessen faktischer Herstellung die Entscheidung des Streites abhängen soll, also die De- und Relation des Eides, entspricht es der

6) **Fr. 28. §. 2. de jud. Fr. 34. §. 3. Fr. 35. §. 2. de jurejur**
7) **Fr. 42. §. 3. de jurejur. Fr. 13. quibus modis pignus Fr. 1. pr. quarum rerum actio c. 8. C. de R. Cr.**
8) **Keller Litis Contestation §. 1. 3. 4.**

litis contestatio [9]), so weit es aber diese faktische Herstellung selbst, die Purification des bedingten, im Vorhergehenden liegenden Vertrages betrifft, also die Ableistung des Eides, entspricht es dem Urtheile. Demnach gehörte die De- und Relation des Eides in das Verfahren in jure, die Ableistung in das in judicio, wozu auch außerdem die Vergleichung des Eides im Abgemeinen mit novatio und judicium eben sowohl durchaus passen würde [10]), wie die der Eidesableistung mit der Darbringung des Beweises [11]). Die Ertheilung oder Verweigerung des judicium mußte von der Erklärung des Delaten über den Eid abhängen [12]), und wie überall, so mußte auch hier die Trennung beider Theile durch die Conception der Formel bezeichnet seyn, die zugleich das Resultat des Vorhergegangenen und die Norm für das Folgende enthält, in unserem Falle also eine bestimmte Hinweisung auf die endliche Entscheidung von der Ableistung des Eides [13]). So gleichen sich denn die scheinbar widersprechen-

9) Keller S. 50. ff.

10) Fr. 26. §. 2. Fr. 35. §. 1. de jurejur.

11) Fr. 5. §. 2. Fr. 11. §. 3. eod,

12) Fr. 7. eod. verb. mit Fr. 3. pr. eod. Fr. 34. §. 7. Fr. 37. eod. Daß der wirklichen Ableistung des Eides eine, ihn annehmende Erklärung vorher ging, ergiebt sich schon aus der Remission derselben (Fr. 6. h. t.). Da die Remission eines nicht acceptirten Eides nur die Revocation eines noch nicht zum Vertrage erhobenen Vorschlages wäre. Dann würde der Erfolg der Remission mit dem in Fr. 5. §. 4. h. t. beschriebenen zusammenfallen, aus welcher Stelle Goldschmidt Abhandl. S. 74. Not. 3. das Gegentheil der hier aufgestellten Behauptung folgert. Danach wäre denn Fr. 34. §. 7. h. t. von einem Falle zu verstehen, in dem der Relat gleich in jure sich verweigernd über den Eid erklärt, §. 9 in Fr. eod. u. c. 9. C. de A. Cr.; aber von dem Falle, wo der Delat oder Relat den Eid in jure acceptirt hat (und daher res in jusjurandum demissa sit), ihn aber in judicio verweigert.

13) Arg. §. 11. J. de act. Fr. 5. §. 1. Fr. 9. §. 1. Fr. 28. §. 10. de jurejur. Man vergl. auch Fr. 1. pr. quarum rerum actio und bedenke dabei, daß die Formel zugleich die Ernennung des Richters ertheilt (judex esto), der Ausspruch desselben aber ins judicium gehörte. Die Conception der etwas streitigen Eidesformel stand dem judex zu. Fr. 34. §. 3. 8. h. t.

den Stellen aus, von denen die einen der Entscheidung des Prätors über die Eidesdelation selbst [14]), die anderen der des judex über den Einfluß der Eidesleistung oder Verweigerung auf das Endurtheil erwähnen [15]).

Wo nun immerhin die Verweigerung des Eides geschehen seyn mag, ob in jure oder judicio, so würde für die Gewissens-Vertretung kein Raum mehr seyn. Geschah sie in jure, so würde der Delat als confessus zu betrachten [16]) und daher zur Anordnung eines judicii kein Grund vorhanden seyn [17]). Die Folgen des Geständnisses müßten also sofort eintreten, falls der Beklagte nicht die einzige, ihm in jure selbst noch gestattete Entkräftung der Eidesverweigerung, nämlich die Eidesdelation versuchte. Diese, die, der Eideszuschiebung gleichartig, eben so als Vergleich zu behandeln war, mußte gleichfalls in das Verfahren in jure gehören [18]). Jedes andere Beweismittel würde in diesem Theile des Verfahrens unstatthaft seyn, in jedem andern Falle also die Eidesverweigerung die Sache sofort endlich entscheiden. Geschah die Verweigerung aber in judicio, so mußte es eben die Conception der Formel seyn, die den judex zwang, Alles von Leistung des Eides selbst abhängig zu machen, ohne Rücksicht auf die Beweisbarkeit des klägerischen oder beklagtischen Vorbringens.

Nun hat man zwar hie und da unter Berufung auf das Zeugniß des Quinctilian [19]) behauptet, daß die Gewissens-

---

14) Fr. 34. §. 6. h. t., s. auch die not. 12. citirten Stellen.

15) Fr. 34. §. 9. h. t. pr. 21. de dolo. Auch Fr. 15. h. t. scheint einen Beweis der Ableistung vor dem judex zu enthalten, da das Verfahren in jure in Rom entschieden an eine bestimmte Oertlichkeit gebunden war, nicht aber das in judicio. S. übrigens Keller l. c. S. 50. Anm. 22. Heffter Instit. S. 195. Zimmern Rechtsgesch. B. 3. §. 135.

16) Fr. 38. h. t.

17) Fr. 1. do confessis

18) Fr. 34. §. 7. h. t.

19) Inst. orat. V. 6.

vertretung sich schon im römischen Rechte finde [20]). Aber bedenkt man, daß derselbe an der erwähnten Stelle ihrer durchaus nicht als eines praktischen Instituts, sondern nur als eines möglichen Ausweges für den Fall einer bloß chikanösen Eideszuschiebung gedenkt, während gerade zur Vermeidung einer solchen das römische Recht in dem **juramentum calumniae** ein hinlängliches Mittel hatte; bedenkt man ferner, daß bei dem Reichthum unserer Quellen an Bestimmungen über die Eideszuschiebung, ja sogar über die Relation, die sie immer als einzigen Ausweg für den **jurare nolentem** [21]) bezeichnen, ihr völliges Stillschweigen über die Gewissensvertung, falls dieselbe **in praxi** vorgekommen wäre, durchaus unerklärlich seyn würde; ja, daß sogar die Stellen, die nach geschehener Delation Alles durchaus auf die wirklichen Leistungen des Eides, ohne Rücksicht auf die Wahrheit oder Unwahrheit des Beschwornen anerkennen lassen [22]), ein die Gewissensvertretung ausschließendes Princip zu enthalten scheinen: so möchte wohl gegen alle diese Gründe ein einzelnes isolirtes Zeugniß eines Rhetoren wenig vermögen [23]).

Nichts desto weniger liegt aber für das neuere Recht in dem Satze: „**jusjurandum est species transactionis**“ kein Hinderniß der Gewissensvertretung, da jener selbst im römischen Rechte nicht in seiner strengen, formellen Bedeutung genommen wurde. Denn es ist vielmehr gewiß, daß weder die römischen, noch die neueren Juristen zu der gerichtlichen Delation eine ausgesprochene oder stillschweigende Einwilligung auch des Delaten verlangen, noch sie präsumiren oder fingiren zu müssen glauben [24]). Vielmehr ist, wenn wir in diese

20) Malblanc. de jurejur. §. 58. Goldschmidt Abhandl. S. 71. Linde Abhandl. Bd. I. S. 76.

21) Er. 34. §. 7. 9. Fr. 38. 8. 9. C. de jurejur.

22) Fr. 5. §. 2. Fr. 28. §. 10. de jurejur. §. 11. J. de act.

23) Glück Erl. Bd. 12. S. 328. ff.

24) Das Alles würde die gerichtliche Eideszuschiebung als ein besonderes Institut der außergerichtlichen gegenüber durchaus entbehrlich gemacht haben, während doch zwischen beiden so wesentliche

Vorſtellungsweiſe möglichſt eingehen wollen, die gerichtliche Eidesdelation nur als ein Vergleichsvorſchlag zu betrachten deſſen Inhalt ein doppelter iſt; er enthält eines Theils für den Fall der Ableiſtung des angetragenen Eides den Verzicht des Deferenten auf die weitere Verfolgung ſeiner Anſprüche [25]) für den Fall aber, daß der Delat nicht ſchwöre, ſeine Verpflichtung zur Zahlung [26]). Dieſer Vorſchlag wird erſt durch

---

Verſchiedenheiten beſtehen. G. L. Boehmer de auct. jud. circa jusjur. in Exerc. F. 2. 14. §. 3. 4. Cropp in Heiſe und Cropp's Abh. Bd. I. S. 271. in f) So würde z. B. eine Einwilligung des Delaten, wie bei der außergerichtlichen Delation, demſelben die unvermeidliche Alternative ſtellen, den Eid zu leiſten, oder zu zahlen, während ihm bei der gerichtlichen noch als ein dritter Ausweg die Relation geſtattet iſt. (Fr. 17. pr. de jurejur. Jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.) So müßte es bei freier Uebereinkunft den Partheien zuſtehen, ihre Rechte von der Beeidigung einer, für den Streit durchaus impertinenten Thatſache abhängig zu machen, (Fr. 39. eod.) während der gerichtliche Eid jeder Zeit den Gegenſtand betreffen ſoll, der die Klage oder die exceptio veranlaßt hat, Fr. 7. eod. Ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet actionem dabo. — De eo, quod juratum est, pollicetur se actionem non daturum, verbunden mit Fr. 3. pr. eod. verbo „cum quo agetur," die den ausſchließlichen Bezug des Fr. 7. auf die gerichtliche Delation beweiſen.

25) Fr. 5. §. 2. Fr. 7. Fr. 13. §. 2. Fr. 40. Fr. 42. pr. de jurejur. Schilter prax. juris Rom. Exerc. 23. §. 3. Keineswegs enthält die Delation bloß den bedingten Verzicht auf andere Beweismittel, hier bedarf es bei uns eines Verzichtes gar nicht, da ſchon der vorübergegangene Beweistermin von Benutzung derſelben ausſchließt. Das Räſonnement bei Gönner Handb. 2te Aufl. 2r Bd. S. 500. Höchſter in Linde's Zeitſchr. f. C.-R. u. Pr. Bd. 9. S. 410. u. bei Linde Zeitſchr. Bd. 11. S. 167. trifft alſo nicht.

26) Fr. 84. §. 6. 9. eod. Dieſen zwei Theilen des Vertrages entſprechen die 2 Theile des Edicts: 1) Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum est, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo (Fr. 3. pr. Fr. 7. eod.), 2) Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam (Fr. 34. §. 6. eod.)

die Acceptation des Eides [27]), in der zugleich die Acceptation des ganzen Anerbietens liegt, zum Vertrage erhoben, und in diesem Falle kommt derselbe seinem ganzen Inhalte nach zur Anwendung. Daher schließt denn auch schon die bloße Annahme des Eides, selbst wenn es später nicht zur Ableistung kommt, die Relation aus. Dagegen ließe sich in der Verweigerung der Eidesleistung nur eine Weigerung, den Antrag selbst anzunehmen, suchen, da ja sonst nicht einmal die Relation zu gestatten wäre. Was aber der Deferent im Falle der Verweigerung durch Vertrag nicht erreichen kann, wird durch ein, vom Prätor auf dieselbe gestelltes Präjudiz bewirkt, dieser erklärt in der Voraussetzung, daß Jeder, dessen Behauptungen der Wahrheit gemäß sind, sich eben durch dieses Präjudiz auch zur Beeidigung derselben bewegen lassen wird, daß er den Delaten entweder zum Schwure (nicht zur Annahme des Vertrages), oder zur Zahlung zwingen wolle [28]). Nur wenn trotz der geschehenen Annahme des Eides die Leistung desselben dennoch verweigert wird, könnte von einer Zahlungspflichtigkeit des Delaten aus dem Vergleiche die Rede seyn. Ein wirklicher Vergleich kommt demnach beim gerichtlichen Eide nur dann zu Stande, wenn der Delat den zugeschobenen Eid annimmt.

So lag denn in der vertragsmäßigen Natur der Eideszuschiebung, in ihrer formellen Bedeutung genommen, wie sie mit den Quellen auf uns übergegangen ist, kein Hinderniß für das neuere Recht, die Delation als eine, von der einen Parthei zu dem Zwecke, den Richter von der Wahrheit der zu erweisenden Thatsachen zu überzeugen, ausgehende Handlung, oder als ein Beweismittel, zu betrachten, eine Betrachtungsweise, die namentlich in den Zeiten nach den klassischen Juristen schon im römischen Rechte vorbereitet war [29]) und

27) Nicht erst durch die Eidesleistung, wie Höchster S. 409 will. S. auch Schilter l. c. Hellfeld jurispr. for. XII., 2. §. 789.

28) Fr. 34. §. 6. de jurejur.

29) Fr. 5. §. 2. eod. „quasi satis probatum sit jurejurando“ Fr. 11. §. 8. perindeqne haberi, quod juratum est, atque si pro-

die nicht im Geringsten durch die, zur Beweiskraft des Eides erforderliche Präsumtion gestört wird, indem ja keines unserer Beweismittel solcher Präsumtionen entbehren kann [30]). Der neueste Prozeß hat auch diesem Inhalte die durchaus adäquate Form gegeben, indem er der Eidesdelation ihre regelmäßige Stelle innerhalb des Beweisverfahrens und in Folge des Beweiserkenntnisses angewiesen und die einzelnen Abschnitte der Handlung mit denen bei Vorbringung der anderen Beweismittel möglichst ausgeglichen hat [31]). Consequent war es demnach, auch gegen den, durch Delation geführten Beweis, falls er gelungen d. h. falls der Eid verweigert ist, so gut, wie gegen jeden andern, Gegenbeweis zuzulassen. Ja zu diesem Gegenbeweise mußte auch die Eideszuschiebung selbst zu benutzen seyn, indem, wenn der Hauptbeweis gleichfalls durch dieses Mittel geführt wird, die Bedingung ihrer Zulässigkeit zum Gegenbeweise „**cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur**“ [32]) eintritt. So erscheinen denn als die

---

batum esset.“ Fr. 12. cod. Justinian spricht sogar geradezu von probatio in c. 12. pr. C. h. t. Derselbe Ausdruck liegt auch in den Worten des Fr. 35. pr. cod. „Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est.“ S. auch Fr. 25. §. 3. de prob.

30) So giebt das Resultat eines Zeugenbeweises keineswegs Gewißheit, aber diesen Mangel ersetzt die Voraussetzung, daß zwei übereinstimmende Zeugen die Wahrheit sagen, ebenso beim Urkundenbeweis die Voraussetzung, daß Niemand ohne wirklichen Grund ein ihn bindendendes Instrument unterschreiben wird, und ganz ähnlich beim Eid die, daß die Verweigerung einer Aussage, die den Prozeß zum Vortheile des Aussagenden entscheiden würde, auf die Richtigkeit des Gegentheils schließen läßt. Das Herbeischaffen der Mittel, deren Untrüglichkeit präsumirt wird, bleibt immer das Charakterische der Beweishandlung (Linde Abh. B. I. S. 49. 51. Lehrbuch §. 235. Mittermaier, Arch. f. c. P. II. 119. Martin Lehrb. d. bürg. Proz. §. 134. Weber Verbindl. zur Beweisführung von Heffter S. 5.) und das ist offenbar genug bei der Eideszuschiebung der Fall.

31) S. besonders Linde Lehrbuch §. 303—312. Lotz, Arch. B. I. S. 291

32) c. 2. X. de probat.

zwei Arten des Gegenbeweiſes gegen den Hauptbeweis durch Eidesdelation der gleichfalls durch Eidesdelation geführte, oder die Relation, und der, mit anderen Beweismitteln verſuchte, oder die Gewiſſensvertretung.

Wie im Allgemeinen der Gegenbeweis nur da Statt haben kann, wo der Hauptbeweis bereits geführt iſt, ſo iſt auch hier dieſes Requiſit vorhanden. Die Vollendung des Hauptbeweiſes liegt hier in der Verweigerung des zugeſchobenen Eides, und dieſe wäre ſowohl von der Relation, als von der Gewiſſensvertretung vorausgeſetzt. Denn da der Delat, wenn er nach einer peremtoriſchen Auflage ſich über den Eid nicht erklärt, als ihn recuſirend zu betrachten iſt [33]), ſo würde ſchon um deswillen die bloße Erklärung der Relation oder der Antretung der Gewiſſensvertretung, wenn über die Annahme des Eides ſelbſt nichts geſagt iſt, eine Verweigerung deſſelben enthalten [34]). Dieſer Einbüßung des Rechtes auf die Ableiſtung wird der Delat im Falle der Relation wegen der Unverträglichkeit zweier, einander gegenüber ſtehender Eide durch eventuellen Vorbehalt deſſelben nicht vorbeugen können, wohl aber im Falle der Gewiſſensvertretung, da, während bei der Eideszuſchiebung der mißlungene Beweis ſofort den Beweis des Gegentheils enthält, hier hingegen recht wohl der Fall eintreten kann, daß die unternommene Beweisführung weder für noch gegen den Delaten ſpricht, der ferneren Benutzung des Eides alſo nichts entgegenſteht, wenn durch zeitige Erklärung dem eventuellen Verluſte vorgebeugt wird. Dieſe Erklärung aber für die Gewiſſensvertretung immer zu ſubintelligiren oder überhaupt nach verfehlter Gewiſſensvertretung auch ohne geſchehenen Vorbehalt der Regreß zum Eide zu geſtatten, iſt den gemeinrechtlichen Principien zuwider, die

33) Fr. 34. §. 6. 9. de jurejur.

34) Es iſt deshalb auch unzuläſſig, mit Cocceji jus civ. contr. ad tit. XII. 2. qu. 29. Gönner S. 497. Glück S. 331. u. Höchſter S. 412. im Falle der Gewiſſensvertretung die Erklärung über den Eid gemeinrechtlich als ſuspendirt zu betrachten.

ja, wie erwähnt, in der unterbliebenen Erklärung über den Eid eine Recusation desselben sehen [35]). Wohl aber ist dieser Regreß in vielen Partikularrechten [36]) gestattet, wodurch indessen die Natur der Gewissensvertretung selbst durchaus nicht modificirt ist. Sie wird nichts destoweniger ja immer als gegen den schon als geführt zu betrachtenden Hauptbeweis gerichtet seyn, denn jeder einzelne Schritt des Gewissen Vertretenden hat nur Bedeutung, als berechnet auf das Gelingen des Beweises, mithin gerade auf den Fall, daß in dem schon früher Ausgesprochenen eine wirkliche Eidesverweigerung enthalten ist. Nicht bei dem im Beweise Geleisteten, sondern bei dem Mangelnden wäre der geschehene Vorbehalt in Betracht zu ziehen.

Fragen wir nun, ob und in welcher Weise die hier ausgesprochenen Erläuterungen in der historischen Ausbildung des zu besprechenden Institutes eine Bestätigung finden, so leuchtet es ein, daß das kanonische Recht, in dem der Eid schon den materiellen Werth eines Beweismittels hat, die Gewissensvertretung der Consequenz unbeschadet hätte zulassen können. Nur dies [37]), nicht aber die Sanctionirung derselben durch das kanonische Recht kann zugegeben werden [38]). Jenes Princip ist allerdings in dem, zur Begründung der Gewissensvertung so oft citirten **c. 2. X. de probat.** [39]) enthalten, das

35) Leyser medit. spec. 139. corol. 3. Schaumburg princ. prax. L. 1. S. 1. M. 3. c. 5. §. 14. Hellfeld jurisprud. for, §. 804. Die beiden letzteren geben indeß eine abweichende Praxis zu, die auch von der bei weitem größeren Zahl der Juristen gebilligt wird. Viele lassen sogar noch die Relation nach verfehlter Gewissensvertretung ohne weiteren Vorbehalt zu, die sich nach unserer Ansicht zur Gewissensvertretung verhalten würde, wie die eventuelle Delation zum Hauptbeweise mit andern Mitteln.

36) S. über diese im Allgemeinen Linde Zeitschr. Bd. 3. S. 10. B. 11. S. 153 folg.

37) Vrgl. Glück S. 330.

38) A. M. ist Linde Abhandl. S. 77. 78.

39) — cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium (nämlich die Eideszuschiebung) recurrendum, cum aliae legitimae probationis decesse noscuntur.

aber zunächſt die Eideszuſchiebung als Mittel zur Führung des directen Gegenbeweiſes oder die richterliche Eidesauflage trotz eines, ſchon vollſtändig geführten Hauptbeweiſes verwirft [40]). Ebenſo erklärt das **c. 36. pr. de jur.** [41]) nur die Relation bei dem Deferenten im Gegenſatz zum richterlich auferlegten Eide für zuläſſig, und unterſcheidet nur in der, die Relation enthaltenden Erklärung ihre zwei Momente, die Recuſation des angetragenen und die dem Gegner geſchehende Antragung des Eides. Aber gerade darin, daß als Entkräftungsmittel der Recuſation ausſchließlich die Relation genannt iſt, zeigt es ſich deutlich genug, daß an die Gewiſſensvertretung ſelbſt nicht gedacht wurde. Auch erklärt ſich dieſer Umſtand hinreichend aus der geringen doctrinellen Ausbildung, die dem zugeſchobenen Eide überhaupt im kanoniſchen Recht und bei den Canoniſten zugekommen iſt. So reich jenes an Beſtimmungen über den promiſſoriſchen und Calumnieneid iſt, ſo arm iſt es an Beſtimmungen über den zugeſchobenen [42]), und gerade die Häufigkeit und Allgemeinheit der Calumnieneide mag der Grund ſeyn, der dem zugeſchriebenen Eide einen großen Theil ſeiner Bedeutung nahm [43]), indem es wohl angemeſſener ſchien, zum Zwecke der Rechtfertigung ſeiner Geſinnung, als direct um irdiſcher Vortheile willen zu ſchwören. Daß aber die Conſequenz des kanoniſchen Rechtes die Gewiſſensvertretung zugelaſſen hätte, offenbart ſich in der, von Zeit zu Zeit ſich günſtig für ſie äußernden Anſicht der Gelehrten und Praxis [44]).

40) Jas. Maynus in Dig. vet. comm. ad l. manifestae (Fr. 38. de jureiur.)

41) Juramentum a te (judice) parti delatum, nisi justa de causa non potuit recusari, quamvis quod in judicio a parte porti defertur. recusari possit licite ac referri — S. Danelli com. l. XXIV. c. 12. 5.

42) Dieſen Mangel und jenen Ueberfluß theilen mit ihm auch die meiſten Partikularprozeſſe des 16ten Jahrh.

43) S. Goldſchmidt S. 72.

44) S. hierüber Mascardus de prob. Pars 2. cond. 55. 5 Consult. Const. Sax. t. 1 p. 3 qu. 1.

Die aber sofort gegen sie hervortretende und außerhalb Sachsen bei Weitem mächtigere [45]) Opposition stützt sich vornehmlich darauf, daß die Eideszuschiebung ein, zum Besten des Deferenten eingeführtes Abkürzungsmittel des Prozesses wäre, keine eigentliche probatio, sondern ein levamen ab onere probandi [46]), daß daher der Eid nicht nach Willkür des Delaten von diesem mit einer anderweitigen weitläufigeren Beweisführung vertauscht werden könne [47]). Anders verhalte es sich freilich mit den Eiden, die zum Besten des Schwörenden selbst eingeführt seyen, bei denen im Grunde diesem die Beweisführung aufliege und er nur zu seiner Begünstigung nicht zur Eideszuschiebung, sondern zur Eidesleistung zugelassen werde. Hier stehe es frei, dieser Begünstigung zu entsagen und statt zur Eidesleistung zur Beweisführung seine Zuflucht zu nehmen [48]).

Dieser letzte Satz, der in seiner vorzugsweisen und ursprünglich vielleicht einzigen Anwendung auf das juramentum in litem mit Bezug auf römische Gesetzesstellen [49]) gelehrt wird, scheint aber vielmehr, namentlich bei diesem Eide, dem Sinne des römischen Rechtes ganz widersprechend und erst durch die Auffassung des kanonischen zulässig geworden zu seyn. So herrschend immerhin, namentlich in neuerer Zeit die gegentheilige Ansicht ist, so scheint doch das römische Recht das juramentum in litem als ein juramentum affectionis be-

---

45) J. Duarenus in tit. de jurejur. c. 3. (opera omnia Francof. 1607 pr 861) verb. et haec sententia est quoque receptior.

46) Mascardus l. c. concl. 955. Nr. 22. 23. concl. 959. Nr. 2. Svendendörffer Proc. Fubig P. 1. c. 2. Nr. 3. §. 15. Anmerk. 268. Estor Anfangsgründe §. 456. Diese Bezeichnung scheint bedeutend auf das sächsische Recht gewirkt zu haben. Vergl. Consult. Const. Sax. T. 3. p. 397.

47) Bartholus comm. sup. Dig. incl. ult, D. de in litem jur. Jason Maynus l. c. Ummius disp. ad proc. XIX. 8. Anm. 45. No. 2. Setserus tract de juram. l. IV. c. 3. n. 12.

48) Bartolus l. c.

49) Fr. ult. de in lit. jur. Fr. 15. §. 7. (auch §. 9.) quod vi aut clam.

trachtet zu haben [50]). Dem, durchaus subjectiven Schätzungsgrunde der Affection war auch kein rein objectives Beweismittel angemessen, nur in einzelnen, ganz besonderen Fällen konnte sich die Affectation des Beschädigten in äußerlich erkennbaren Zeichen offenbart haben und so dem Richter zu eigener Bestimmung Gelegenheit gegeben seyn [51]), nie aber eignete sich jene Schätzung zum Gegenstande einer wirklichen Beweisführung, vielmehr mußte der, zum Theil der subjectiven Willkür [52]) anheim gegebene Eid der ganzen Bedeutung des Institutes am adäquatesten erscheinen. In seiner allgemeinen Abneigung gegen Privatstrafen, zu denen das **juramentum in litem** entschieden gehörte [53]), suchte das neuere Recht (und gewiß mit allem Grunde, wenn man sich dafür nur nicht auf römische Gesetzesstellen bezogen hätte) statt des Affectionswerthes den Werth des wirklichen Interesses zum Gegenstande des Schadenersatzes zu machen, und diesem weit objectiveren Maßstabe würde eine bloße Beeidigung nie angemessener erschienen seyn, wenn nicht eben durch Anleitung des kanonischen Rechtes der Eid selbst in seiner Bedeutung anderen Beweismitteln ganz gleichgestellt worden wäre, weshalb denn auch die Ersetzung des **juramentum in litem** durch andere Beweismittel an sich als durchaus zulässig erscheinen mußte. —

Ganz nach denselben Rücksichten, wie nach dem Obigen das **juramentum in litem** waren aber in der Regel alle anderen Eide zu behandeln, die zum Besten des Schwörenden selbst nicht zum Besten des Gegentheiles eingeführt waren, d. h. die derjenige, den sonst die Beweislast treffen würde, selbst abzuleisten hatte, nicht die Gegenparthei, mit einziger Ausnahme des

---

50) Fr. 1. 2. §. 1. Fr. 4. §. 2. de in litem jurando. Fr. 8. §. 1. Fr. 9. de act. rer. amot.

51) Fr. 3. 4. §. 3. cod. Fr. 15. §. 9. quod vi aut clam.

52) Fr. 8. 11. cod.

53) Fr. 2. §. 1. c. 4. 5. C. h. t.

suppletorii, weil dieſes den ſchon gemachten Verſuch der Beweisführung von Seiten des Schwörenden vorausſetzt [54]). Die Zahl ſolcher Eide war namentlich im ſächſiſchen Rechte, zum Theil auf Veranlaſſung des Sachſenſpiegels [55]) bedeutender, als im allgemeinen Rechte, und viele gingen von jenem erſt in dieſes über und mit ihnen zugleich die Erſetzung ſolcher Eide durch Beweis. Hieher gehörte namentlich die Beeidigung des Inventors, der Minderungseid und das **juramentum instrumentorum noviter repertorum** [56]). Dagegen gehörten nicht hieher der Diffeſſions- und Editionseid, da das Gegentheil des durch ſie zu Beſchwörenden ein Theil des gegneriſchen Beweisgrundes war und ſie daher nicht als zum Vortheile des Schwörenden eingeführt betrachtet wurden, weshalb bei ihnen Gewiſſensvertretung, ſowohl im ſächſiſchen, als auch ſpäter im gemeinen Rechte für unzuläſſig gilt [57]). Wo aber jene Erſetzung der Eide erwähnter Art durch Beweis zuläſſig erſchien, da gab es zur Beſtimmung dieſes Verhältniſſes durchaus keinen angemeſſeneren Ausdruck, als den, daß dieſe Gewiſſensvertretung ein Surrogat ſolcher Eide ſey. Denn ſie war ſo lange zuläſſig,

54) S. Carpzov. Definit. P. 1. const. 14. def. 21. Der referirte Eid wird vom Relaten nicht als Producenten, ſondern als Reproducten geſchworen, gehört alſo nicht hieher. Auch die Gewiſſensvertretung gegen das purgatorium hat einen ganz verſchiedenen Urſprung und iſt unten zu erwähnen.

55) Z. B. B. 1. art. 13. Wie gleichbedeutend dieſes Rechtsbuch den Werth des Eides und der anderen Beweiſe anſieht. ſ. ebendaſelbſt art. 6. Die Wendung, die die Gloſſe zu art. 23. cit. dieſem giebt, deutet ſchon ſehr ſtark auf Gewiſſensvertretung hin: „Faſt abermals, daß man vor das nicht ſchweren mag, welches man durch leiblichen Schein kann beweiſen". Auch werden beide, hier erwähnte Artikel öfter zur Begründung der Gewiſſensvertretung citirt. So namentlich bei Zobel zu art. 6. lit. i. Schneidewinus in Just. l. N. 6 §. item si quis n. 83.

56) Sächſ. Pr. u. G. O. a. 1622 T XIX. §. 2. Carpzov l. c. def. 20. Seyfart deutſcher Reichsprozeß Cap. 15. §. 23. Eſtor Anfangsgründe §. 553.

57) Sächſ. Pr. u. G. O. T. XXVI. §. 1. Carpzov l. c. def. 22. Seyfart l. c. Eſtor l. c. §. 554.

als es der Eid selbst war; beide hatten denselben Zweck, dem Richter den Maßstab der Schätzung an die Hand zu geben und nur die Willkür dessen, dem der Eid auferlegt war, entschied die Wahl des einen oder der anderen.

Hatte man nun aber auch die Gewissensvertretung beim zugeschobenen Eide aus dem Grunde ausgeschlossen, weil es zum Besten des Deferenten eingeführt sey und daher das Recht desselben ihm durch den Delaten nicht entzogen werden könne, so fragte es sich natürlich zunächst, ob es denn wirklich ein einseitiges Recht des Beweisführers sey, die Entscheidung der ganzen Sache nur vom Eide, entweder vom de- oder referirten, abhängig zu machen. Diese Frage wird zuerst von den sächsischen Juristen verneint und es für eine unmittelbare Folge der Partheienrechte erklärt, daß dem Delaten außer dem Rechte der Eidesleistung eben so gut, wie dem Deferenten, die Wahl zwischen Eidesdelation und Benutzung anderer Beweismittel frei stehen müsse [58]). Die sächsische Praxis, die sich schon früh und entschieden für die Zulässigkeit der Gewissensvertretung erklärt hatte [59]), und die sich gleichfalls für sie aussprechende sächsische Gesetzgebung [60]) bildeten von diesem Gesichtspunkte die Gewissensvertretung weiter aus, die gerade durch diese Begründung dem Gegenbeweise gleichgestellt war. Denn die Relation und die Gewissensvertretung waren so in dasselbe Verhältniß zu einander gesetzt, wie die Delation und der Hauptbeweis, und zugleich wurde es damit für die Gegenhandlungen des Produkten als durchaus gleichgültig erklärt, ob sich der Kläger der Eideszuschiebung oder anderer Beweis-

---

58) Martini Comment. In tit. XIX. 1. n. 3.

59) Zobel zum Sachsenspiegel l. t. art. 6. lit. i. Colerus decis. 123. n. 12. Svendendörffer Fibigianus P. 2. c. c. n. 2. sect. 1. n. 7. Schneidewinus l. c. n. 92. Consult. const. Saxon. t. p, 3. qu. 1.

60) Const. elect. 14. Sächs. Pr. u. G. O. T. XIX. Erl. u. Verb. d. Pr. u. G. O. ad tit. 19.

mittel bedient hatte. Nur der Name eines Gegenbeweises konnte in Sachsen der Gewissensvertretung nicht gegeben werden, weil der zugeschobene Eid, dessen Resultat sie wiederaufheben sollte, hier zwar vollständig die Bedeutung eines Beweismittels [61]), aber nur nicht seinen Platz und seinen Namen hatte [62]). Nichts war also natürlicher, als daß man, sich nach einer Bezeichnung für sie umsehend, eine solche auf sie anwandte, die einem, der Erscheinung nach sehr ähnlichen Institute, der schon oben erwähnten Vertretung der gesetzlichen Eide durch Beweis durchaus entsprechend war, und so auch diese Art der Gewissensvertretung Surrogat des Eides nannte [63]). Aber freilich war dieser Name hier durchaus unpassend; denn es ist doch das erste Erforderniß eines Surrogates, daß seine Zulässigkeit vom Eintreten derselben Bedingungen abhänge, wie dasjenige, in dessen Stelle es treten solle. Statt dessen hört aber gerade da, wo die Eidesleistung ihre gesetzliche Stelle hat, nämlich mit der Acceptation des Eides, die Zulässigkeit der Gewissensvertretung auf [64]), die, wenn man sie mit jenem Ausdrucke bezeichnen will, wohl ein Surrogat der Eidesrelation, mit dem sie durch gleiche Bedingungen geboten ist, und gleichen Zweck und Platz hat, nie aber des Eides selbst

---

61) Svendendörffer l. c. P. I. c. 2. M. §. 15. u. ebendaselbst Anm. 268. Consult. Cons. Const. Sax. T. 1 p. 3 qu. n. 23.

62) Dem sächsischen Prozesse scheint die Klage mit Eid ein von der Klage mit Beweis durchaus verschiedenes Klagfundament zu haben, und da nun durch die Gewähr jede mutatio libelli unzulässig gemacht werden sollte, Nicolai proc. jud. cap. XXXVI. 3. so hatte auch die Eideszuschiebung nur bis zu Leistung der Gewähr, d. h. in der Regel nur bei Anstellung der Klage selbst, und nicht mehr nach abgegebenem Beweisinterlokut statt. Svendendörffer. Anm. 268 cit. Cropp in Heise und Cropp's Abh. B. 1. S. 268.

63) Berlichius concl. 33. 19. Carpzov. l. c. def. 23. Svendendörffer C. 2. c. 2. n. 2. S. 1. n. 7. Anm. 630. Martinus in tit. XIX. §. 2. n. 1.

64) Carpzov. l. c. def. 15. Nicolai c. XLIII., 5. Richter decis. 108. n. 15.

genannt werden kann. Auch giebt jene Bezeichnung, aus der man so Vieles abzuleiten suchte, nicht einmal darüber Aufschluß, warum die Gewissensvertretung nicht auch gegen den referirten Eid Statt habe [65]). Vielmehr zeigt sich schon hierin eine höchst bedeutende Folge des wahren Wesens der Gewissensvertretung auch im sächsischen Rechte, das bekanntlich den Gegenbeweis, als welcher in Wahrheit als die Eidesrelation anzusehen ist, keinen zweiten Gegenbeweis zuläßt. Derselbe Grund erklärt die Unzulässigkeit eines ferneren Gegenbeweises gegen die Gewissensvertretung [66]) und war überhaupt vom entscheidensten Einfluß auf das ganze Verfahren bei derselben. Freilich ist nicht zu läugnen, daß die Betrachtung derselben als Surrogat des Eides nicht ohne praktischen Einfluß geblieben ist. So scheint namentlich der Regreß zum Eide, der sich in dem ältern sächsischen Prozeß so gut bei verfehlter Gewissensvertretung gegen den Deferenten, als gegen gesetzliche Eide findet [67]), auf dieser, die Eidesleistung und die Gewissensvertretung ganz gleichstellenden Ansicht zu beruhen. Auch wird die Unzulässigkeit des Gegenbeweises gegen die G. V., die ursprünglich streitig war, von den sächsischen Juristen aus dem eventuellen Rechte des Delaten auf den Eid erklärt, das ihm ja im Falle eines durchgeführten Gegenbeweises genommen würde [68]). Indessen ist dieser Erklärungs-

---

65) Schon deshalb kann man die Gewissensvertretung nicht einmal Surrogat der Acceptation des Eides nennen.

66) Den besten Beweis dafür, daß jene beiden Bestimmungen des sächsischen Prozesses aus demselben Grunde abzuleiten sind, liefert die Fassung der const. elect. 14.

67) Const. elect. 14. P. u. G. O. T. XIX. 2. Carpzov. l. c. def. 18. 20. Aufgehoben ist dieser Regreß in den Erl. u. Verb. d. P. u. G. O. ad tit. 19. §. 1.

68) Consult. Const. Sax. T. 1. p. 3. Carpzov. l. c. def. 16. Martini comm. in tit. XIX. §. 2. n. 1. Berlichius concl. 33. 9. Brunnmann tract. jurid. Cap. 23. n. 14. Ebenso bei Seyfart deutschem Reichsproz. c. XV. 28. und bei Ludovici Einleitung zum Civilproz. c. XX. §. 34.

versuch durchaus unhaltbar. Denn der Delat hat nur nach verfehltem Gegenbeweise ein Recht auf den Regreß zum Eide [69]), während der Gegenbeweis nur nach geführtem Beweise Statt haben könnte. In der That könnte also der Gegenbeweis nie das Recht auf die Eidesableistung nehmen, da jener nur da zulässig ist, wo das Recht auf diese gar nicht Statt hat, er würde den Delaten nur in seinem, durch den geführten Beweis erworbenen Rechte auf sofortige Freisprechung kränken, und dieses Recht beruht eben auf der Unzulässigkeit der reprobatio reprobationis.

Während nun auf diese Weise die Lehre von der Gewissensvertretung in Sachsen einer bedeutenden Aufmerksamkeit und einer nicht geringen wissenschaftlichen Ausbildung genoß, war sie im gemeinen Rechte im hohen Grade vernachlässigt. Nicht nur, daß noch lange von Manchen ihre Zulässigkeit überhaupt bestritten wurde [70]), suchten diejenigen, welche sich für sie erklärten, nur eine äußerliche Begründung derselben

---

69) Nach nur theilweise geführtem wird immer dem Delaten, nie dem Deferenten der Ergänzungseid aufgelegt, und erst wenn dieser verabsäumt, der Beweis mithin verfehlt ist, findet der Regreß zum zugeschobenen Eide statt. Carpzov. def. 14. Jenen Gebrauch, nur den Delaten zum Ergänzungseide zu lassen, erkennt zwar als allgemein an, tadelt aber Gribner de probatione quae jurisjurandi declinandi etc. (in den sel. opux. Sect. IX. opusc. juris privati) V. not. 6., worauf denn auch nach ihm Einige von der hergebrachten Meinung abwichen. Schaumburg princ. prax. jurid. L. 1. Sect. 1. M. III. c. 5. §. 14. Hoffacker princ. juris T. 3. §. 45. 19. Indessen lag der alten Praxis hierin ein richtiger Takt zu Grunde, da der theilweise geführte Beweis den Delaten ja nur noch schlechter gestellt haben würde, wenn seinem Gegner der Eid auferlegt werden könnte; dieses Resultat, das er schon früher durch Relation hätte erreichen können, hat er ja verschmäht, während der Deferent in eine Entscheidung der Sache durch den Eid seines Gegners selbst gewilligt hat.

70) S. die not. 44. u. 46. citirten. Zum Theil geschieht ihrer bei bedeutenden Rechtslehrern gar keiner Erwähnung.

durch Stellen des römiſchen Rechtes [71]), die auch nicht im Entfernteſten hieher gehörten, und ohne ſich um ihre wiſſenſchaftliche Natur zu bekümmern, wies man ihr ihre Stelle im Syſtem neben den übrigen Fällen an, in denen man, ohne den Verluſt des Prozeſſes herbeizuziehen, einen zugeſchobenen Eid recuſiren dürfe [72]). So wurde der, ſtatt des Eides geführte Beweis einerſeits mit der Relation, andererſeits mit der Recuſation des Eides wegen falſcher Formulirung desſelben, oder wegen verweigerten Calumnieneides zuſammengeſtellt. Alle ſpäter ſo beſtrittenen Fragen, über die Zuläſſigkeit der Gewiſſensvertretung gegen referirte oder Ergänzungseide, des Gegenbeweiſes gegen die Gewiſſensvertretung u. ſ. w. wurden gar nicht berührt, weil es für ihre Entſcheidung an allem wiſſenſchaftlichen Maaßſtabe fehlte. Erſt ſpäter, als die Ausbildung des ſächſiſchen Prozeſſes auf die des gemeinrechtlichen ſo entſchieden wirkte, ward die Lehre von der Gewiſſensvertretung als eines, nun erſt unzweifelhaft anwendbaren Inſtitutes ganz ſo, wie ſie ſich in Sachſen ausgebildet hatte, ins gemeine Recht übertragen, zu ihrer Begründung faſt ausſchließlich ſächſiſche Geſetze und Schriftſteller citirt und ſo denn auch dieſen die Behauptung, daß die Gewiſſensvertretung ein Surrogat des Eides ſey, nachgeſprochen [73]), eine Behauptung die in wiſſenſchaftlicherer Form indeſſen auch noch von Rechtsgelehrten unſeres Jahrhunderts wiederholt worden iſt [74]).

71) Namentlich Fr. 30. pr. de jurejur. Fr. 8. de cond. inst. c. 14. §. 3. C. de n. n. pec. c. 12 C. de B. Cr.

72) Mascardus de probat. P. 2. concl. 559. n. 5. Umius disp. ad proc. 14, 8. Wesembecii comm. in Dig. XII. 2. n. 9. Struvii syntagma Exerc. 17. c. 33.

73) Brunnemann tract. jur. de proc. Cap. 23. n. 14, 15. Seyfart c. 15. §. 28. Stryk tract. de cant. jur. P. 2. S. 3. c. 2. cas. 3. Sogar der von Martinus angegebene Grund wird faſt wörtlich wiederholt von Cocceji jus civile controv. ad tit. XII. 2. qu. 28. Stryk l. c. Seyfart deutſcher Reichsproz. Cap. XV. 28.

74) Goldſchmidt Abhand. S. 76. Thibaut Pandekten Bd. 3. §. 1161. Zu Rhein, Jahrb. 1. Bd. VII. führt dieſe Anſichten am conſequenteſten durch und widerlegt ſie eben dadurch am beſten. S. dagegen Linde Zeitſchr. Bd. 3. S. 2.

Aber gerade im gemeinen Rechte, in dem neuerdings nach wohl einstimmiger Ansicht aller Rechtsgelehrten der zugeschobene Eid als Beweismittel gilt und bezeichnet wird, war aller Grund vorhanden, der Gewissensvertretung nicht nur den Werth, sondern auch den Namen eines Gegenbeweises zuzugestehen [75]).

Damit vertrug sich denn auch nicht mehr die Zulassung einer Gewissensvertretung statt der Leistung eines purgatorii. Diese Art derselben, die freilich noch durch das canonische Recht geradezu verneint wird [76]), ist von älteren Juristen eine Zeit lang allgemein gelehrt worden, in Sachsen [77]) vermuthlich in Folge der, formell nicht scharf genug hervortretenden Bedeutung der Gewissensvertretung im Allgemeinen, im übrigen Deutschland aber wohl schon als Ueberbleibsel der geringeren Ausbildung des directen Gegenbeweises, indem in Ermangelung derselben man dem Producten noch ein nachträgliches Gehör zur Entkräftung des Hauptbeweises vor dem völligen Abschluß der Beweisinstanz gestatten zu müssen glaubte. Dagegen wird diese Art der Gewissensvertretung von Neueren wohl fast einstimmig verworfen [78]), mit alleiniger Ausnahme solcher Fälle, in denen eine nachträgliche Benützung selbst schon verspäteter Beweismittel immer noch gestattet ist, wo sie denn eben in diesen außerordentlichen Umständen, z. B. in der Neuheit der aufgefundenen Beweismittel ihre Recht-

---

75) Diese Ansicht hatte denn auch ihre Anhänger. Schaumburg princ. prax. L. 1. S. 1. M. III. c. 5. §. 13. Bauer l. c. p. 383. Hofiacker princ. jur. T. 3. §. 4519. Collmann Grundl. S. 76.

76) c. 36. pr. X. de jurejurando.

77) P. u. G. O. T. 19. §. 2.

78) Grolmann Theorie §. 93. Glück S. 391. Martin §. 190. not. t. Gensler Commentar Bd. 1 S. 138. A. 17. Gensler Archiv Bd. 1. S. 158. not. 17. Linde im Archiv Bd. 6. S. 201. Lehrb. §. 320. not. 3. Bayer S. 452. 3. Höchster S. 420. not. a. S. auch schon Donelli comm. l. XXIV. c. 10. 4. c. 11, 10. 12.

fertigung hat. Und das gewiß mit allem Grunde. Denn was sollte außerdem das Vorbringen von Beweismitteln selbst dann noch zulässig machen, wenn ein rechtskräftiges Erkenntniß die Beweishandlungen der Partheien bereits für geschlossen erklärt hat, mithin die, in unserem Prozesse nicht nur zur Beweis-, sondern auch zur Gegenbeweisführung vollständig gestattete Gelegenheit vorübergegangen ist? Es würde dadurch den Partheien Veranlassung gegeben seyn, unter immer neuen Vorwänden Handlungen nachzuholen, mit denen sie nach den allgemeinsten Grundsätzen des Prozesses schon präcludirt sind.

Die Natur der Gewissensvertretung ist nun namentlich in neuerer Zeit manchen genaueren, aber freilich zu sehr verschiedenen Resultaten führenden Untersuchungen unterworfen worden, deren bedeutendste wir hier, so weit es schon im Obigen geschehen, noch näher zu prüfen haben.

Gönner [79]) dem im Hauptsächlichen Glück [80]) beigetreten ist, betrachtet die Gewissensvertretung als die Verhandlung einer Präjudicialfrage, von deren Entscheidung erst es abhänge, ob der Eid zu leisten sey oder nicht. Abgesehen davon, daß dieser Gesichtspunkt nur da paßt, wo nach verfehlter Gewissensvertretung der Regreß zum Eide gestattet ist, so sagen jene Schriftsteller auch gar nichts darüber, worin denn eigentlich die hier zu verhandelnde Präjudicialfrage bestehe? Doch gewiß nicht in der Wahrheit des zu beschwörenden Faktum, denn die Wahrheit desselben kann doch unmöglich ein Grund seyn, den Eid zu verweigern, da sie vielmehr das einzige ist, der zu seiner Ableistung veranlassen darf. Die zu behandelnde Frage kann also nur die Existenz von Beweismitteln betreffen, die aber nur in so fern in Betracht kommen können, als sie in den Akten selbst enthalten sind, da nicht aktenkundige nur da zu berücksichtigen wären, wo es sich um die wirkliche materielle Wahrheit handelt. Aber offenbar be-

79) Handbuch d. G. Pr. 2. Aufl. 2. Bd. No. 48.
80) Commentar 12. Bd. §. 804. Ebenso Höchster S. 425.

trifft die Gewissensvertretung nicht die Frage, ob in den Akten Beweise liegen, sondern dieselben sollen erst durch sie beigebracht werden, mithin ist sie auch keine Verhandlung einer Präjudicialfrage über die Entbehrlichkeit des Eides, sondern die Handlung, durch die er erst entbehrlich gemacht werden soll, also auch nur aus der Absicht sofortiger oder eventueller Eidesverweigerung zu erklären. Gerade durch diese Absicht aber ist der Hauptbeweis des Deferenten geführt, während sich Gönner's Polemik gegen die Betrachtung der Gewissensvertretung als Gegenbeweis einzig und allein darauf gründet, daß in der bloßen Delation noch kein Beweis liege [81]).

Deshalb betrachtet denn auch Linde [82]) die Gewissensvertretung als eine Handlung, durch die die Recusation des Eides erst gerechtfertigt wird, sie soll nach seiner Ansicht sowohl, wie nach der unsrigen, den Einfluß der Eidesdelation und Verweigerung paralysiren, nur daß wir den schon bewirkten Erfolg der Recusation durch Gewissensvertretung aufheben lassen, er aber jenen Erfolg durch die geführte Gewissensvertretung gar nicht zu Stande kommen läßt. So ist diese ihm der Beweis eines Recusationsgrundes [83]), und ihre Zulässigkeit rechtfertigt er für das römische Recht aus der contractlichen Natur der Eideszuschiebung [84]), für das canonische Recht aus der subsidiarischen des Eides [85]). Der erstere Grund ist wohl sofort zurückzuweisen, eine Begünstigung der Recusationen gibt der Eideszuschiebung nicht größere Aehnlich-

---

81) Diese Ansicht s. auch bei Höchster S. 406. Bei Gönner mag sie zum Theil durch die, doch wohl allzuflüchtige Behauptung auf S. 496 veranlaßt seyn, daß der Beweis durch Eidesdelation erst durch die Eidesleistung vollendet werde!!

82) Abhandlungen Bd. 1. S. 75. ff. Zeitschr. Bd. 3. S. 1. ff. Bd 11. S. 124. ff.

83) Abh. S. 78.

84) Etwas Aehnliches findet sich auch bei Grolmann Theorie 5. Aufl. S. 136.

85) S. auch Höchster S. 416.

keit mit einer transactio, sondern würde sie dieser nur unähnlicher machen, da die, dem Contracte zu Grunde liegende feste Basis durch jene Begünstigung vielmehr aufgehoben werden würde. Ueberdies sehen wir schon oben, daß im Falle sofortiger Eidesverweigerung der Vergleichsvorschlag des Deferenten ja gar nicht zum Contracte erhoben wird, sondern nur im Falle der Eidesannahme, die ja aber die Zulässigkeit der Gewissensvertretung sofort ausschließt. Anlangend den zweiten Grund, so soll nicht zur Polemik gegen Linde, sondern nur zu genauerer Feststellung der Frage bemerkt werden, daß hier nur von einer subsidiarischen Natur der Eidesleistung, nicht der Eideszuschiebung die Rede seyn kann. Denn wollte man die Gewissensvertretung aus dieser erklären, so würde man als Beweisthema derselben die anderweitige Beweisbarkeit des gegnerischen Rechtes aufstellen müssen und der Delat gerade durch den Nachweis, daß er in offenbarem Unrechte wäre, seiner Aufgabe genügt haben. Andererseits kann aber, selbst die subsidiarische Natur der Eidesleistung, namentlich nach dem, auch von Linde zur Begründung derselben citirten c. 2. X. de prob. nicht so verstanden werden, daß der Delat sich des angetragenen Eids nur dann bedienen darf, wenn ihm andere Beweismittel fehlen, weil sonst wiederum der Deferent durch den Nachweis anderweitiger Beweisbarkeit der gegnerischen Behauptung, also seines Unrechts, den Delaten in Nachtheil versetzen würde. Es kann also nur von einem Rechte des Delaten die Rede seyn, nach seiner Wahl entweder den Eid zu leisten, oder sein Gewissen mit Beweis zu vertreten. Sicherlich wird jedes dieser beiden Mittel, vollständig durchgeführt, das Ganze des Beweises zu seinen Gunsten ausfallen lassen; aber darum ist die Gewissensvertretung immer kein Grund, die directe Folge und Bedeutung der Recusation aufzuheben. Diese vollendet immer nur den Hauptbeweis; daß dadurch auch das Ganze der Beweishandlung als für den Deferenten günstig ausgefallen zu betrachten ist, wenn weder Relation, noch Gewissensvertretung versucht wird, ist

nur eine mittelbare Folge derselben, ihre unmittelbare Bedeutung hört aber durch die Gewissensvertretung so wenig auf, wie die mittelbare Bedeutung einer vollständig beweisenden Urkunde durch Reproduction einer, das Gegentheil beweisenden, oder wie die unmittelbare Bedeutung des Beweises des Klaggrundes durch den Beweis einer Exception. Vielmehr ist durch die bloße Recusation, die, wenn auch nur eventuell in der Gewissensvertretung liegt, der Hauptbeweis vollständig geführt, da alle Merkmale desselben vollständig vorhanden sind. Ja die Gewissensvertretung kann schon ihrem Inhalte nach gar nicht als Grund der Recusation betrachtet werden. Denn da jene nur ein Recht, keine Pflicht des Delaten ist, da ferner die Beweisgründe nur als beigebrachte, nicht als außerhalb der Akten existirende in Betracht kommen können, so kann auch nur die aktenkundige Beweisbarkeit des zu beschwörenden Factum, also der schon geführte, nicht aber der noch zu führende Beweis ein Recusationsgrund seyn [86]). Freilich würde dieser Einwand nicht treffen, wenn man durch die Gewissensvertretung die Erklärung über den Eid gemeinrechtlich als suspendirt betrachten könnte, aber dem widerspricht die Pflicht des Delaten, sich schon in diesem Termine **sub poena recusati** über den Eid zu erklären [87]). Ebenso wenig kann man den Eid als nur eventuell verweigert und die Recusation erst als nach gelungener Gewissensvertretung eintretend betrachten, denn hierin läge seine principale Acceptation, also die Pflicht zu sofortiger Ableistung desselben und Ausschließung aller Gewissensvertretung. Es ergibt sich also, daß zu der Zeit, in der die Recusation des Eides geschehen muß, der angebliche Grund derselben noch gar nicht existirt.

---

86) Nur für die Recusation wegen schon geführten Beweises kann c. 2. X. de prob. citirt werden. S. Jason Magnus in Dig. vet. comm. ad l. manifestae (38) D. de jurejur. Danellus l. c. c. 13.

87) S. Anmerkung 83.

Gewiß hat die Scheu vor einer der praktisch bedeutendsten Consequenzen unserer Betrachtungsweise, nämlich vor dem Ausschluß des Gegenbeweises gegen die Gewissensvertretung, nicht wenig zur Aufsuchung dieser verschiedenen Gesichtspunkte beigetragen. Der Deferent erschien als derjenige, der, um die Sache schnell zu einem gedeihlichen Ende zu führen, mit Hintansetzung aller anderen Mittel zum Beweise das Urtheil über den factischen Streitpunkt dem Gewissen des Gegners überließ, in der Ueberzeugung, daß, welche Mittel der Delat auch zu Erreichung seines Zweckes zu benutzen nicht verschmähen möchte, die Heiligkeit des Eides ihm unantastbar seyn würde. Statt dessen wußte der Delat einen Weg einzuschlagen, auf dem er diese traurige Alternative zwischen einem verdammenden Urtheile und einem falschen Eide vermeidet und der Leistung des Eides überall ausweicht. Und über dieses wichtige Stadium des Prozesses, über diesen Akt, der, entscheidend auf die ganze Sache wirkend, den ganzen, auf persönliches Zutrauen zum Delaten gegründeten Plan des Deferenten vernichtet, sollte jenem ein einseitiges Gehör gewährt und dem Deferenten jede Gegenrede, jeder Verhinderungsversuch versagt seyn? So treffend dieses Räsonnement auch scheinen mag, so ungegründet ist es. Es ist ganz und gar falsch, die Gewissensvertretung als ein Mittel zu betrachten, den Eid zu umgehen, oder in ihr eine Vermittlung des Planes zu sehen, die Entscheidung ins Gewissen des Delaten zu schieben. Vielmehr ist ja sofort beim Antritt der Gewissensvertretung der Zweck der Eideszuschiebung als vollkommen erreicht und der Eid als verweigert zu betrachten. Der Zweck des Deferenten ist ja wahrlich nicht, den Delaten zu einem, der Wahrheit widersprechenden Eid zu veranlassen, die Absicht, sich für verweigerte Erfüllung gegründeter Rechtsansprüche an der Seligkeit des Gegners zu rächen, ist doch wahrlich keine, die auf einen besonderen Schutz der Gesetze Anspruch machen kann. Diese freilich wird vereitelt, aber der einzig vernünftige Zweck, gerade dadurch, daß das Gewissen des Delaten

zum Richter in der Sache aufgerufen wird, ihn von der Leistung des Eides abzuhalten und so den auferlegten Beweis zu führen, ist vollkommen erreicht. Daß der Deferent trotz des geführten Hauptbeweises seine Absicht für die Sache selbst nicht erreicht, das liegt nicht im Mißlingen des Zweckes der Eidesdelation, sondern vielmehr in der Unzulänglichkeit dieser gegen die, vom Gegner producirten Beweismittel, und diese Unzulänglichkeit ist ihm selbst zuzuschreiben, indem er selbst die Benutzung der andern, ihm etwa zu Gebote stehenden, zu der er rechtliche Gelegenheit hatte, verschmähte. Es liegt hier keine andere Täuschung vor, als die eines Beweisführers, der sich vielleicht aus einer Schaar von Zeugen zwei vollständig beweisende aussucht, denen aber der Product die Zeugnisse zweier andern, gleich klassischen entgegenstellt, wodurch sich jener nur mit allen übrigen präcludirt sieht; oder als die eines Beweisführers, der trotz mehrerer ihm zu Gebote stehender Beweismittel am leichtesten durch Producirung eines Documentes, das er zur Anerkennung oder eidlichen Diffession vorlegt, zu seinem Ziele zu kommen hofft; statt aller Erklärung über die Unterschrift producirt aber der Gegner ein, sofort jenen Beweis vollständig widerlegendes **documentum publicum.** Wird sich hier der Producent darüber beklagen können, daß der Produkt seinen Plan, von der Recognition oder eidlichen Diffession Alles abhängig zu machen, ohne sein rechtliches Gehör vereiteln und den verlangten Eid umgehen durfte? Hier, wie in unserem Falle, ist der Eid als ein verweigerter zu betrachten, hier, wie dort, ist der Hauptbeweis geführt, aber damit doch die Sache selbst noch nicht entschieden. — Die Gleichheit der Partheienrechte ist es, die dem Delaten der Eidesdelation gegenüber das Recht auf die Gewissensvertretung gibt, und gerade diese Gleichheit würde aufgehoben werden, wollte man dem Deferenten unter dem Namen eines Gegenbeweises gegen die Gewissensvertretung ein nochmaliges Gehör verstatten.

Freilich gibt es Fälle, in denen der Gegenbeweis gegen

die Gewiſſensvertretung ein ganz anderes Thema haben würde, als der durch Eidesdelation geführte Hauptbeweis; Fälle, in denen in der Gewiſſensvertretung Punkte zur Sprache kommen, über die der Deferent überall noch nicht gehört iſt, oder in denen ſelbſt der, gegen die Gewiſſensvertretung geführte Gegenbeweis ganz neue, früher gar nicht Statt habende Fragen zur Sprache bringt [88]). Aber dieſe Fälle ſind keineswegs der Gewiſſensvertretung eigenthümlich, ſie kommen vielmehr ganz eben ſo wohl bei jeder andern Art des Gegenbeweiſes vor. Keineswegs ließe ſich alſo aus der Härte, die eine ſtricte Anwendung der Regel **reprobatio reprobationis non datur** eben ſo wohl auf die Gewiſſensvertretung, wie auf Gegenbeweis jeder andern Art hervorbringen würde, ein Grund gegen die Betrachtung der Gewiſſensvertretung als einer Art des Gegenbeweiſes entnehmen. So wie man aber in jenen Fällen keinen Anſtand nehmen wird, gegen dieſe anderen Arten des Gegenbeweiſes nochmaligen Gegenbeweis zu geſtatten, eben ſo wenig wird man ihn dann auch gegen die Gewiſſensvertretung verweigern dürfen. Es iſt wohl unzweifelhaft [89]), daß der Urſprung jener die **reprobatio reprobationis** ausſchließenden Regel nicht in einer Beſtimmung des canoniſchen Rechtes [90]) zu ſuchen iſt, die freilich oft zu dieſem Zwecke citirt iſt. Auch nicht eine falſche Interpretation jener Stelle iſt als ihr Urſprung anzuſehen, die älteren Proceſſualiſten citiren ſie nur zur Begründung deſſen, was wirklich in ihr enthalten iſt und halten trotz ihrer die **reprobatio reprobationis** für gemeinrechtlich zuläſſig [91]). Vielmehr iſt jene Regel nur als eine, dem ſächſiſchen Rechte entlehnte [92])

---

88) S. Linde Zeitſchrift Bd 8. S. 6.

89) Linde Abh. S. 73. S. auch Collmann Grundl. S. 76.

90) Cap. 49. X. de test.

91) Nicolai c. XLIII. 9. Ludovici Einleitung zum Civilproceß c. XIX. 9. Eſtor Anfangsgründe §. 744.

92) Carpzov. P. 1. Const. 16. def. 14.

Consequenz der Eventualmaxime anzusehen. Ihr Zweck ist demnach, die zwei- oder mehrfache Behandlung eines und desselben Gegenstandes, nachdem zu derselben eine peremtorische Frist angesetzt war, auszuschließen [93]). Wo also die, in der **reprobatio reprobationis** zu behandelnde Frage verschieden ist von dem Hauptbeweisthema, da kann eben deshalb jene Regel keine Anwendung finden. So ist überall die Tüchtigkeit der, zum Gegenbeweise, also auch zur Gewissensvertretung [94]) benutzten Mittel eine Frage, die bei dem Hauptbeweise gar noch nicht aufzuwerfen war, und es muß deßhalb dem Deferenten unverwehrt bleiben, seinen Gegenbeweis hierauf zu richten [95]). Ebenso entsteht überall, wo der Gegenbeweis auf künstliche Weise geführt ist, d. h. wo ein, mit dem jenseits behaupteten Factum im Widerspruch stehendes dargethan wird, eine für den Producenten ganz neue Frage, indem er bisher weder über die Richtigkeit der, von Seiten des Reproducenten behaupteten Thatsache, noch auch über den Zusammenhang derselben mit dem Thema seines Hauptbeweises gehört worden ist [96]). In diesen Fällen muß daher die Beschränkung der besprochenen Regel auch bei der Gewissensvertretung Platz greifen, und mit der Zulässigkeit dieser Ausnahme fällt auch die behauptete Härte unserer Betrachtungsweise weg.

---

93) Seyfart deutscher Reichsprozeß cap. XX. §. 11. Gönner n. XLI. §. 10. Linde Abh. S. 72. Weber Paraphrase zu Martin §. 135. No. 5. Bayer Vorträge S. 333.

94) Auch die Frage über die Tüchtigkeit der Mittel zum Hauptbeweise wäre eine, von Producenten noch nicht besprochene, jedoch hat dieselbe bei der absoluten Tüchtigkeit der Eidesdelation überall nicht Statt.

95) Linde l. c. S. 72—75. Bayer l. c. In Bezug auf den sächsischen Prozeß vergl. hier Joh. Georg II. Decis. elect. 19.

96) Bayer l. c. Höchster 424—429.